Archiv

für die

Civilistische Praxis.

Fünfunddreißigster Band. Erstes Heft.

I.

Bemerkungen über das schriftliche Vorverfahren bei mündlichen Verhandlungen.

Nach eigenen Erfahrungen mitgetheilt von

Herrn Dr. **Heineken,**
Director des Handelsgerichts in Bremen.

Mit einem Vorwort von Mittermaier.

Die Verhandlungen über die zweckmäßigste Form des Verfahrens in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten haben immer mehr zu dem Satze der Ueberzeugung geführt, daß nur der Weg der öffentlichen Verhandlung vor den urtheilenden, in ein Kollegium vereinigten Richtern, wenigstens für alle eine gewisse Summe übersteigende Rechtsstreitigkeiten, es ist, welcher unter bestimmten Voraussetzungen die gerechteste, schnellste und wohlfeilste Rechtspflege verbürgt. Der Streit betrifft nur noch die Frage: Ob die befriedigende Wirksamkeit einer solchen Verhandlungsweise zur Beseitigung der angeblichen Gefahren der Mündlichkeit ein schriftliches Vorverfahren als Grundlage verlangt? — Die Anhänglichkeit an die alten Formen, von welchen man möglichst Vieles retten will, ein Mißkennen der Verhältnisse der Länder, in welchen bereits ohne ein solches Vorverfahren die mündliche Verhandlungsweise besteht, bewirken, daß man sehr häufig

die Nothwendigkeit dieses Vorverfahrens behauptet. Auf dem Felde der Gesetzgebungskunst ist die Erfahrung eine treffliche Lehrmeisterin. In Bezug auf Frankreich und die Rheingegenden habe ich in diesem Archive schon früher nachgewiesen, daß die dortigen Erfahrungen für die Forderung des schriftlichen Vorverfahrens, wie es viele deutsche Schriftsteller verlangen, nicht angeführt werden können; meine Beobachtungen und Erkundigungen in Bremen, wo das rein mündliche Verfahren bei dem Handelsgericht seit Jahren eingeführt ist, haben mich in meiner Ueberzeugung bestärkt und mich veranlaßt, an den Vorstand des dortigen Handelsgerichts, Herrn Dr. Heineken, mich zu wenden, um von ihm Belehrung über den Gegenstand zu erhalten. Seiner Gefälligkeit verdanke ich die nachstehende Erörterung, deren Bedeutung mich bewegt, in diesem Archive, das die Materialien zur Entscheidung wichtiger Fragen zu liefern beabsichtigt, dessen Antwortschreiben, welches zunächst freilich nicht für den Druck bestimmt war, abdrucken zu lassen, um so mehr, als Herr Heineken, wissenschaftlich und praktisch gebildet, mit Erfolg im Bremer Handelsgericht Erfahrungen zu sammeln Gelegenheit hatte. Ihm verdankt man auch eine neuerlich erschienene Schrift,[1] welche der Aufmerksamkeit aller Juristen um so mehr würdig ist, als die Darstellung wichtiger, vor dem Handelsgerichte in Bremen verhandelter Rechtsfälle, in denen gründlich bedeutende Rechtsfragen entschieden sind, sich auch der Form nach auszeichnet, und die schwierigen juristischen Rechtswahrheiten in einer klaren, auch dem Nichtjuristen verständlichen Sprache auf eine Art entwickelt, welche leichte Auffassung sichert und Jedem, der den Gründen folgt, die Ueberzeugung von der Richtigkeit der Entscheidung gewährt, während bekanntlich die von vielen Gerichten gewählte Form der Entscheidungsgründe nicht einen Anspruch machen darf, diese Ueberzeugung auch bei nicht juristisch gebildeten Männern herbeizuführen. Aus

---

1) Auswahl handelsrechtlicher Streitfälle, verhandelt vor dem Handelsgerichte der freien Hansestadt Bremen.

einer Vergleichung der Tabellen über die Thätigkeit des Bremer Handelsgerichts ergiebt sich, daß dies Gericht im Jahr 1846: 83, 1847: 82, 1848: 86, 1849: 83, 1850: 85 ordentliche Sitzungen hielt, daß darin 1850 Klagsachen unter 30 Thlr. 183, von 30 bis 300 Thlr. 283, und über 300 Thlr. 100 verhandelt wurden; 20 alte Sachen wurden im Jahr 1850 wieder aufgenommen; vom Jahr 1849 waren noch anhängig geblieben 83, so daß 1850 im Ganzen 675 Sachen verhandelt und davon 606 beendigt wurden; von den anhängig gebliebenen 69 Sachen waren auf der Audienzliste 30, ohne Termin vertagt 27 und in höherer Instanz liegend 12. Dekrete wurden erlassen in kontradiktorisch verhandelten Sachen nach vorgängigem Aktenschluß 149, und sofort in der Sitzung 148. Ungehorsamsdekrete ergingen in 148, und Verfügungen auf vorgängiges Geständniß in 59 Sachen. Verglichen oder liegen blieben 302 Sachen. In der Revisionsinstanz waren 8 neue Sachen, in welchen in 7 Fällen bestätigende Urtheile ergingen. Bei dem Obergerichte blieben 7 Appellationen anhängig und 13 wurden notificirt; in 6 Fällen wurde bestätigend, in 4 abändernd entschieden. **Mittermaier.**

Ich halte nach Einführung eines *wirklich* mündlichen Verfahrens unter Voraussetzung der nöthigen Vorbedingungen ein gesetzlich vorgeschriebenes schriftliches Vorverfahren für völlig unnütz, ja das, was man mit der einen Hand gegeben hat, mit der andern wieder aufhebend, und zu den größten Inkonsequenzen und Verwicklungen führend. Unnöthig, weil, was doch die Hauptsache ist, Alles, was die Partheien oder ihre Anwälte frei vortragen, ganz füglich zu Papier gebracht werden kann, wenigstens was das Faktische betrifft, ohne daß das Gericht schriftlicher Eingaben der Partheien in der Regel bedarf, und weil das Interesse der Advokaten sie von selbst darauf führt, sich vorher privatim die erforderlichen Notizen mitzutheilen, da es ihnen so wenig wie dem Gerichte Freude

machen kann, stückweise die Sache zu verhandeln, in dem einen Termine z. B. die Klage, nach 14 Tagen die Einreden, dann nach 14 Tagen die Replik ꝛc. vorzutragen, vielmehr werden sie in Deutschland so gut wie in England und Frankreich (der Code de procedure enthält gleichfalls, soweit ich ihn verstehe, kein eigentliches Präjudiz für die Nichtmittheilung der Antwort) ihres eigenen Interesses wegen sich vor der Gerichtssitzung, in welcher die Sache wirklich zur Verhandlung kommt, das Nöthige mittheilen, um sie gleich bis zum Schlusse durchplaidiren zu können, nur muß die Gesetzgebung auf das nämliche Ziel indirekt dadurch hinwirken, daß sie durchaus keine Terminkosten bewillige, vielmehr für einen ganzen Prozeßabschnitt eine Pauschsumme aussetzt, welche verdient ist, die Sache mag in Einem oder in 10 Terminen verhandelt werden, jedoch müssen die deßfallsigen Bestimmungen etwas genauer sein als in der Bremer Handelsgerichtsordnung. Haben so die Advokaten kein pekuniäres Interesse bei vielen Terminen, so werden sie sich schon hüten, mehr als durchaus nöthig sind zu veranlassen, weil es nicht eben angenehm ist, statt ein Mal vielleicht vier oder sechs Mal stundenlang zu warten, bis die Sache an die Reihe kommt, und weil Jeder sucht seine Sache baldmöglichst loszuwerden und aus dem Kopfe zu bekommen, da jeder mündliche Vortrag ohnehin eine jedesmalige Vorbereitung erheischt und sehr aufregend ist, so daß er manchem selbst routinirten Advokaten regelmäßig eine schlaflose Nacht kostet. In Hamburg hat man die nämliche Erfahrung wie hier gemacht, daß die Gesetzgebung um ein schriftliches Vorverfahren sich gar nicht zu bekümmern brauche: es macht sich das von selbst; indessen wäre es auch möglich, daß die Ursache daran zum Theil der Respektabilität des Advokatenstandes in den Hansestädten zuzuschreiben wäre; wie weit diese überall stattfindet, kann ich nicht beurtheilen, da mir die Qualifikationen der Advokaten im übrigen Deutschland wenig bekannt sind; allein ich sehe nicht ab, daß die Advokaten ein Interesse bei einem anderen Verfahren haben

können, im Gegentheil, sie müssen nothwendig auf den angedeuteten Weg hingeführt werden. Verschleppen kann ein Advokat die Sache nicht mehr als sonst, weil für den Gegner keine Verpflichtung obwaltet, den Eingang der Schrift abzuwarten, er die Sache vielmehr in jedem Termine zur Verhandlung bringen kann, und wollte ein Anwalt die Sache mündlich anders vortragen, als er sie dem Gegner vorher schriftlich mittheilte, so würde das auch nichts schaden, weil Letzterer nicht gezwungen ist, gleich zu antworten, sondern sich einen andern Termin dazu ausbitten kann, im Gegentheile könnte es sich in großen Staaten vielleicht empfehlen, geradezu gesetzlich auszusprechen, daß diese vorgängigen Mittheilungen der Advokaten gar keine Rechtswirkungen haben, Geständnisse bis zur wirklichen mündlichen Verhandlung ohne Weiteres zurückgenommen werden können u. s. w., damit Keiner durch den Andern zu Einräumungen und dergleichen verleitet und dann, wenn dieser später seine Erklärung ändert, in Nachtheil gebracht, jedenfalls die Furcht vor dergleichen Kniffen beseitigt werde. Gelangt man dahin, die Schriften für das Gericht ganz zu beseitigen, wie es in Bremen geschehen ist, da wir die Skizzen der Advokaten völlig ignoriren und uns gar nicht darum bekümmern, was sie einander mitgetheilt haben, so hat man auch den Vortheil, daß man die Annahme eines Advokaten den Partheien nicht vorzuschreiben braucht, es vielmehr nur zu geschehen hat, wenn die Sache sich als schwierig und verwickelt ergiebt, daß ferner die langen Ladungsfristen wegfallen können, welche bei einfachen Sachen ganz unnöthig sind (vergl. z. B. Code de proced. Art. 77.), und endlich, daß der Mißbrauch des Sprichworts: „das Papier ist geduldig", wegfällt. Denn so leicht es ist, eine Sache auf dem Papiere zu entstellen, zu verdrehen, sich oberflächlich zu erklären, auch wohl mit Fleiß zweideutig, über bedenkliche Punkte wegzuschlüpfen ꝛc., so schwierig ist das beim mündlichen Verfahren, zumal wenn der Vorsitzer aufpaßt, sogleich Aufklärung verlangt, und so wie keine genügende Erklärung gegeben wurde, sondern eine

ausweichende Antwort erfolgt und vom Advokaten keine genügende Auskunft zu bekommen ist, die mündliche Vernehmung der Parthei selbst anordnet, was dem Advokaten immer unangenehm ist und daher möglichst vermieden wird. Unwahrheiten öffentlich und vielleicht in Gegenwart des Alles genau wissenden Gegners oder selbst des eigenen Klienten vorzubringen, sich Chikanen zu erlauben u. s. w., wird Niemand so leicht wagen, während solche Erscheinungen leider vorkommen, wenn nur Schriften eingereicht werden. Das Alles hat überall die Erfahrung gelehrt, namentlich auch bei uns bei dem Handelsgerichte, wo prozessualische Frivolitäten selten vorkommen, die Parthei müßte denn ihren eigenen Anwalt hintergehen und es so schlau anfangen, daß weder dieser noch das Gericht es merkt, denn sonst pflegt die mündliche Vernehmung dergleichen Schlauheiten bald zu Schanden zu machen. — Alle diese Vortheile fallen bei dem schriftlichen Vorverfahren zum großen Theil, und wenn die mündliche Verhandlung sich nur um Rechtsdeduktionen dreht, fast sämmtlich weg, das Gericht entscheidet dann nicht nach den mündlichen Verhandlungen, sondern nach der ersten schriftlichen Grundlage, das wissen Richter und Advokaten recht gut, sie werden bei dem mündlichen Vortrage kaum sich erhebliche Mühe geben, resp. sorgfältig auf der Hut sein, und am Ende kommt Alles wieder auf schriftliches Verfahren mit einer Schlußkomödie, die man den Spielern und Zuhörern füglich ersparen könnte, hinaus, nicht zu gedenken der Wunderlichkeit, daß der Richter Alles, was er in faktischer Hinsicht hört, ignoriren und sich zuletzt blos an die schriftlichen Vorlagen halten soll. Das haben neuere Gesetze, z. B. das preußische und hannoversche, auch eingesehen, und daher das beneficium novorum ganz enorm und zum größten Nachtheile der Förderung der Rechtspflege ausgedehnt, allein merkwürdiger Weise nicht auf die erste Instanz beschränkt, sondern die Nova den weitern Instanzen vorbehalten; das sind aber höchst auffallende Einrichtungen, die einen verderblichen Einfluß auf die ganze Rechtspflege zu äußern nicht verfehlen können; die

Beseitigung der heilsamen Eventualmaxime spricht mich nicht an, wohl aber wünsche ich solche Einrichtungen, denen zufolge die mündliche Hauptverhandlung die einzige Grundlage des ganzen Verfahrens bildet, natürlich abgesehen von neuaufgefundenen Thatsachen, Beweismitteln ꝛc.

Zu diesem Resultate gelangt man nur durch Beseitigung des schriftlichen Vorverfahrens, wobei indessen wieder manche Erforderniſſe vorausgesetzt werden, von welchen ich mir erlaube einige anzudeuten.

1) Die ganze Einrichtung paßt nur für Gerichte, bei welchen nur die am Gerichtsorte wohnenden Advokaten prakticiren können, weil sowohl die Vor- als Hauptverhandlungen nicht wohl durch Mandatare betrieben werden können, was indessen bei einem gesetzlich vorgeschriebenen Vorverfahren nicht minder zutreffen dürfte, da auch dessen Handhabung die größte Schwierigkeit darbieten möchte, wenn z. B. der eine Advokat in Minden, der andere in Posen wohnen und die Sache in Münster zur Verhandlung kommen könnte.

2) Es wird ein tüchtiger rechtlicher Advokatenstand erfordert, wenn die Sache gut gehen soll; das versteht sich von selbst, hier jedoch nicht mehr als bei jeder andern Art von Verfahren, weil auch die beste, aber durch schlechte Advokaten gemißhandelte Gerichtsordnung stets ihren Zweck verfehlen wird; im Gegentheil halte ich dafür, daß die reine Mündlichkeit mit Oeffentlichkeit, wie schon oben bemerkt, manchen Ausschweifungen einen Riegel vorschiebt, nur nehme man den Advokaten jedes Interesse an der langen Dauer der Prozesse: daher Pauschsummen und durchaus kein Honorar für gewöhnliche Termine. Will man übrigens den Advokatenstand heben, so muß man ihn anders als bisher behandeln, denn nicht Disziplinarvorschriften, nicht Advokatenkammern und dergleichen werden das bewirken, sondern man muß die Advokaten in bürgerlicher und gesellschaftlicher Hinsicht möglichst hoch und den eigentlichen Beamten gleichstellen, und ihnen zugleich den Weg zu einer sichern und ehrenvollen Existenz mittelst Anstellung im Staatsdienste bis zu den höchsten

Stellen hinauf eröffnen. So geschieht es in England, Frankreich und den Hansestädten, weßhalb man hier auch weniger Klagen über die Advokaten hört als anderwärts.

3) Die größte Schwierigkeit bietet die Gewinnung einer schriftlichen Grundlage, wenn der mündlichen Verhandlung kein schriftliches Verfahren vorausgeht. An Diktiren, sogenanntes Recessiren kann, abgesehen etwa von Zahlen und dergleichen, natürlich nicht gedacht werden, ebensowenig an Vorlesen und Genehmigen des Protokolls gleich nach der Verhandlung, selbst nicht einmal, wenn man Stenographen zuziehen wollte; das Alles muß bei einem wirklich mündlichen Verfahren wegfallen, und doch muß ein vollständiges Protokoll schon der späteren Verhandlungen und der möglichen Rechtsmittel wegen vorhanden sein. Letzteres zu gewinnen, hat man zwei Wege, entweder das französische Verfahren, daß die Anwälte hinterher die species facti einliefern, oder die in den Hansestädten angenommene Weise, daß der Gerichtssekretär es thut, indem er ein eigentliches Protokoll über sämmtliche Verhandlungen anfertigt. Ueber die Zweckmäßigkeit der erstern Einrichtung kann ich nicht urtheilen, letztere aber hat sich bei unserem Handelsgerichte als praktisch und zweckmäßig bewährt.

Da es aber a) unmöglich ist, auf der Stelle und während der Verhandlungen ein genügendes Protokoll anzufertigen und auf der Stelle vorzulesen, so muß es hinterher geschehen, und das ist allerdings eine sehr gefährliche Einrichtung, deren Annahme in größern Staaten einer reiflichen Erwägung unterzogen werden muß, und worüber ich mir kein Urtheil erlauben mag. Nur kann ich aus Erfahrung bestätigen, daß es selbst bei den verwickeltsten Sachen thunlich ist, ein vollständiges Protokoll nach den in der Sitzung aufgenommenen Notizen anzufertigen, was schon daraus hervorgeht, daß beim hiesigen Handelsgerichte seit sechs Jahren alle Protokolle ohne Ausnahme so angefertigt sind, noch nie schriftliches Verfahren stattgefunden hat, und erst ein einziges Mal ein Protokoll wegen unrichtiger Auffassung eines Theils

eines Vortrags ernstlich angefochten worden ist, obgleich in den sechs Jahren schon drei verschiedene Sekretäre nach einander am Handelsgericht fungirt haben. Damit dieses erreicht werde, ist aber

b) durchaus nothwendig, daß die Sekretäre wissenschaftlich gebildete Juristen sind mit einer schnellen, leichten Auffassungsgabe und namentlich im Stande, die eigentlichen Kernfragen sofort zu merken; sie müssen eben so tüchtige gewandte Juristen sein wie die Richter selbst, ja in manchen Beziehungen noch mehr, weil sich ihre Fehler selbst in appellatorio nicht wieder redressiren lassen, und muß man daher, will man diese Einrichtung aufnehmen, ganz davon absehen, daß der Sekretär nur ein gewöhnlicher routinirter Schreiber oder Supernumerarius oder dergleichen zu sein brauche, vielmehr muß er durchaus eine Hauptperson sein. Wie es mit unseren Sekretären beim Handelsgericht beschaffen war, kann man schon daraus entnehmen, daß bereits zwei von den Dreien zu Richtern erwählt sind, von denen Einer jetzt Mitglied des Obergerichts, der Andere Direktor des Criminalgerichts ist.

c) Bei einfachen Sachen genügen allerdings die Notizen des Sekretärs allein; allein da auch hierbei Mißverständnisse vorkommen könnten, jedenfalls eine Art Controlle ersprießlich ist, habe ich es mir zur Regel gemacht, gleichfalls während der Verhandlungen so viele Notizen wie möglich zu machen, die der Sekretär dann mit benützt, was jedoch oft das Dirigiren der Verhandlungen etwas erschwert, allein sich nicht vermeiden läßt, wenn wie hier nur der Vorsitzer ein Rechtsgelehrter ist. Wo das Gericht vollständig mit Rechtsgelehrten besetzt ist, oder wo man zwei rechtsgelehrte Sekretäre zur Disposition hat, da werden solche doppelte Notirungen natürlich um so leichter und damit noch mehr Sicherheit für ein richtiges Protokoll gewonnen; jedoch dürfte es auch dann noch immer bedenklich sein, dem Sekretär die endliche Redaktion ganz zu überlassen, vielmehr muß bei der Revision jedes Protokolls ein Richter mitwirken, und das Protokoll den Partheien nicht

eher mitgetheilt werden, bis Sekretär und Revisor über die Richtigkeit übereinstimmen, eventuell die wahre Meinung durch Erkundigungen bei den Advokaten festgestellt ist, oder das Gericht selbst müßte letzteres thun. Hier sehe ich die Protokolle nach, lasse eventuell bei den Advokaten nachfragen, und nur in den äußerst seltenen Fällen, wo wir auch dadurch noch nicht zum Ziele gelangen, hält der Sekretär die in Frage stehende Stelle so unbestimmt, daß dadurch nichts präjudicirt wird, und eine Auflage an die Partheien zur besseren Erklärung erfolgen muß, was Alles indessen auf freundlicher Verständigung zwischen mir und dem Sekretäre beruht, denn ich kann ihn natürlich nicht nöthigen, gegen seine Ueberzeugung bei der Protokollaufnahme zu verfahren.

Als Regel würde sich indessen d) vielleicht empfehlen, vorzuschreiben, daß das Protokoll einige Tage zur Einsicht und zu etwaigen Reklamationen der Partheien an der Kanzlei offen liegen müsse, und etwaige Einsprüche gegen die Richtigkeit zu kurzer Hand durch den Vorsitzer oder durch das ganze Gericht erledigt würden, in ähnlicher Weise wie der Code de procedure es vorschreibt. Nur in eiligen Sachen oder in solchen, in welchen sogleich nach der Verhandlung das Gericht das Urtheil in demselben Termine abgibt, müßte dieses wegfallen, in eiligen Sachen die Frist wenigstens sehr abgekürzt werden. Erfolgt der Spruch gleich, so ist es auch minder gefährlich, weil dann dem ganzen Gerichte die Vorträge noch gegenwärtig sind; nur ist es durchaus nothwendig bei der deßfallsigen Berathung den Sekretär zuzuziehen, damit er zu rechter Zeit Einspruch erheben könne, wenn seiner Ansicht nach die faktischen Voraussetzungen des abzugebenden Urtheils mit dem nicht übereinstimmen, wie er die Vorträge aufgefaßt hat, denn das Urtheil muß sich nach dem aufzunehmenden Protokolle, nicht aber letzteres nach ersterem richten, das Gericht also sicher sein, der Sekretär werde das Protokoll so abfassen, daß es mit dem Urtheile übereinstimmt. Können Gericht und Sekretär darüber sich nicht einigen, so können auf der Stelle die noch

anwesenden Partheien oder Anwälte gefragt werden, wie die eigentliche Meinung gewesen, was aber sehr selten nöthig werden wird, hier wenigstens nur selten nöthig geworden ist. Ich erinnere mich keines Falles, wo es geschehen.

Bei alle dem setze ich übrigens 4) gehörig besetzte Gerichte voraus; denn bei einem solchen Verfahren würde man einem Einzelrichter zu ungeheure Gewalt einräumen, was höchstens bei Bagatellsachen geschehen kann, weil dann der Vortheil den Schaden wieder ausgleicht.

Meiner Ansicht nach könnte also der Versuch gemacht werden, jedoch kann ich nicht genug auf die Tüchtigkeit des Sekretärs und dessen würdige Stellung aufmerksam machen; soll er bloßer Schreiber und Handlanger des Gerichts sein, dann gebe man den Versuch zu obigen Verbesserungen lieber gleich auf; — sonst halte ich die Durchführung der reinen Mündlichkeit in jedem wohlorganisirten Staate für möglich und ersprießlich. Damit indessen die Advokaten gleich von vorn herein auf den rechten Weg geführt werden, könnten ihnen im Instruktionswege vorgängige schriftliche Kommunikationen unter einander, jedoch nur als Privatsache, empfohlen werden, das Uebrige macht sich dann gewiß von selbst. Umgekehrt müßte das Gericht zwar schriftliches Verfahren zulassen und selbst anordnen können, jedoch müßte das nur sehr ausnahmsweise geschehen dürfen und die Beachtung der Regel wenigstens in der ersten Zeit streng kontrollirt werden, denn sonst reißt nur zu leicht der alte, bequeme Schlendrian wieder ein, und ehe man es sich versieht, hat man wieder schriftliches Verfahren statt des mündlichen als Regel. Die meisten Praktiker meinen einmal, daß es gar nicht anders gehe, als auf dem einmal gewohnten Wege; sie müssen schon gezwungen werden, am Ende zu begreifen, daß es auf einem andern doch auch, und zwar besser, geht.
